

# 歴史的所有権論

## ——近代的所有権の創成と神田孝平——

辻 義 教

はじめに

- I 大審院昭和12年 5 月12日判決
  - II 近代的所有権の創成と神田孝平
  - III 歴史的所有権論
- おわりに

### はじめに

本稿で認めた事柄はほとんどが既知のもので、その限りで何ら新しいものはない。しかし個々に認識されている封建的所有の特質、我が制限物権の小作権、入会権の沿革、それらのほとんどは個々には封建制下のものは封建制下のものとされているにかかわらず、近代的所有権の解説のなかでは近代的所有権——自由な使用収益処分権を判断規準 *Merkmar or. criterion* として叙述され、封建的所有を近代的所有権で批判して了っている。

すなわち封建的所有制下では、小作も所有権であり、入会も所有権であったのであるが、本稿はそれを明治における近代的所有権の創成過程の中で、かつその認識で抽き直そうとしたものである。そこに所有権とは権利要件は何もなく、単なる権利実体——権利の姿をいう名称であるという認識を加味して構成した。

### I 大審院昭和12年 5 月12日判決

徳川の幕藩体制では、寺社は領主の一部であった。すなわち知行を宛がわれ、その領地の農民は、貢納をその寺社に納めた。したがって徳川氏が大政を京都朝廷に返納し、次いで諸藩主が版籍を奉還した時にあって、幕府、藩と同等の位置をもつ——ただし並列的位置ではない、

寺社がその知行を奉還しなければ、京都朝廷の維新政府が全国の政令を一手に掌握するということはできないわけであった。それが明治初年の寺社領納地令である。

ただ寺社仏閣は維新の政争に主体的に係わることがなかったこともあって、その寺社領の納地処分は、維新以後、寺社の所有地、そして寺社には原則的に住職という自然人が存在したのであるから、その住職の私有地の所有権に相当数の紛争の原因を遺し、その紛争例は維新後1世紀近くまで遺ることになった。そしてその紛争の性格は、事柄の性格上、現法制下の「所有権」なるものがいかなるものであるかの争いという性質を帯びることになる。論者が別に扱った、阿蘇山頂付近の所有権をめぐる争いもそうであったのであるが<sup>1)</sup>、大審院判決、昭和12年 5 月12日（民集16-〔10〕-585）もその一つである<sup>2)</sup>。

争いの事実、広島県深安郡森脇村在の誓蓮寺という寺院に関するもので、寺社領上知処分に際し、時の住職が境内地が広きに過ぎ、上知官没されることを恐れ、本堂敷地、庫裡敷地、墓地、それらを取巻く庭園、自用飯米を作る田地を個人名に登記（後、本堂敷地のみは寺名儀に戻した）、住職の死亡により相続を経た。しかしその継承住職が勸業債券額面200円を借用していたために、その貸主のために抵当権を設定し、後、その抵当権が実行されて、貸主（精確には貸主も世代が代わり相続されている）が競落人となった。それに対し、寺の所有権をその競落人と寺が争うというものである。

上告人（被告）は8点について争っている。寺が旧幕時代に係争地5筆を「所有」していたとはいえないというのが第1点。したがって主

要な争点である。旧幕時代の寺の土地支配は、寺領というべきであって寺有というものではないという。第2点は寺社領の土地処分を命ぜられたとき、ときの住職が上地されるのを避けるため自己の所有名義に仮装したという点について、境内地が広すぎるから、境内地も上地されるかもしれないと思って、住職の私有地に仮装したという事実は、土地処分が広すぎる境内地をも上地せしめるという趣旨のものであったことはないのだから、それを避けるための仮装行為というものないとする。したがって住職への所有権の移転は真意だとする。第3点は、民法施行法37条に従って被上告人寺が登記をしなかったのであるから、その所有権を上告人に対抗できないという点。第4点は、境内地と境外地の区分を証拠調べだけで——おそらく実況検分をせずにと——ということであろうが、認定した点。

第5点は、これもおそらく第1審判決書の誤記らしいのであるが、甲第6号証の1、2、3を援用しているのは虚無の証拠を採用しているとする。第6点は上告人側が主張して採用されなかった取得時効の抗弁。第7点は上告人の住職が先代から家督相続した係争地の住職名義の登記の取消しについて。登記簿上は先代の名義のままになっており、上告人の一人である現住職の名義には登記されていないのにその取消しを命ずるのは誣罔の判決だといっている。最後の第8点は住職が上地を免れるために住職名義にしたのならば被上告人寺は不法原因給付をしているとする。

第1審原告は寺で、いうまでもなく主たる争い、主張はその第1点にある。寺は係争地5筆の所有権の確認を求めた。第1審、控訴審ともその主張を容認し、住職、抵当権実行競落人側である被告が敗訴し、控訴かつ上告に及んでいる。結論として大審院はその上告を却け、原判決を支持しているのであるが、その第1点については詳細に理由を述べる。

第1点について上告人のいう主張は、民法施行前、すなわち明治政府が地券を渡す前には、民法にいう「所有権」を被上告人、寺が有していたということとはできないとするものである。その点を、第1審は寺が「総括的支配」をしていたとし、控訴審は端的に寺が「所有」してい

たとしている。それを上告理由は、第1審の表現には、「筭カ自然ノ恵ヲ受ケ不識ノ間ニ竹ニ成長」したのか、と反論し、控訴審の判定には歴史学的に、幕藩制下の寺領とは現行民法にいう「所有権」ではなく「領主ノ貢租徴収権」であって「旧藩時代ニ被告上告寺カ係争地ヲ所有シタルトハ果シテ如何ナル事実関係係法律関係ヲ指シタルモノナリカスラ不明ナリ」と批判する<sup>3)</sup>。

その主張、もし争う対象地が貢納を受ける田畑地であって、その官没を免れるために住職所有に登記して——地券を受けというのならば論争になる。しかし係争地は相当に広大な広さをもつとはいへ、本堂、庫裡の敷地、その附属庭園地、田畑ではあるが貢納を受ける田畑ではなく自用飯米作地であるのだから、その主張は行違っている。大審院はいうまでもなくそこを指摘し「然レトモ徳川幕府即旧藩時代乃至明治4年正月5日太政官布告第4号ノ布告セラレタル当時ニ於テモ民法施行以来ノ土地所有者カ土地ニ対シテ有スルト同様ノ総括的支配権ヲ土地ニ対シテ有シタル者アルコトハ疑ナキ所ニシテ」といい、一蹴して了っている<sup>4)</sup>。

ただ上記類の係争地についても上告人主張が通用する点はあるのであって、近代的所有権——民法施行後の「所有権」が前近代である旧幕時代にはなかった。それが「不識不知」の間に、筭が竹になるというものではない。近代的所有権——民法施行後の所有権事実すなわち権利実体についていえば、それは上告人主張のとおりなのである。係争地の類の土地といえども旧幕時代には、民法施行後の所有権とは異質な制約——幕藩体制的制約の下にあったものであって「民法施行以来ノ土地所有者……ト同様ノ総括的支配権」をもっていたとはいえない。

ただそれら幕藩制下の土地との諸関係はそれぞれが幕藩制下の「所有」の姿であったのであるから、それを「所有」と呼ぶことは可能で、控訴審判決のいう「所有」とはその謂としては妥当する。したがってそれが近代的——民法施行後の「所有」という意味であるならば妥当しない。それら諸「所有」の中から、明治政府は近代的所有権「者」——民法施行下の所有権者となる「所有」を抽出、選定したのである。し

かし係争5筆の土地に対する寺の支配、利害関係は選定された「旧」所有の姿に該当する。したがって民法施行の時にあってそれらの係争地は寺所有地であったのである。大審院のいう「同様ノ総括的支配権ヲ土地ニ対シテ有シタル者アルコトハ疑ナキ所……明白ナルカ故ニ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルモノト云フヲ得ス」とするのは<sup>5)</sup>、そういう意味でなければならない。

したがって上記の上告人と大審院の間の訴答は、上告人が旧幕時代の所有権事実——実体の態様を指摘しているのに対し、大審院は旧幕時代、民法施行後を限定せずに「所有」という名称で答えており、その間の遣り取りはスレ違っているのである。あるいは換言して、上告人の主張に対してといえ、大審院はその主張に答えていないのである。

なお上告理由は以上の第1点の外7点を数えるが、それらは本稿の目的に外れるから触れないで置く。ただ第6点取得時効の抗弁は、本稿の目的といささかの関係をもつが、取得事実の成否ではなく、自己名義にした先代住職の領得の意思が争いとなっている。第1審、控訴審とも明治末年、本堂敷地のみを寺名義に変更した経緯の証言で、当住職には領得の意思を欠いていたとする証明を認容する。大審院もその証言による証明を支持して、取得時効の成立を却けている。

## Ⅱ 近代的所有権の創成と神田孝平

### a

所有権は所有権事実という人間の物支配、物利用の実体事実が付与された名称であるのだから<sup>6)</sup>、「所有権」という権利（名称）は所有権事実を伝達事実とする対象言語、したがって対象規範である。しかし「所有権」はそれ以外にその対象事実を限定する語彙を伴わない権利である。それを法律学は権利要件がないと表現する<sup>7)</sup>。それに対し、多くは契約を発生原因とする債権に特徴的にみられるものであるが、例えば自動車1台の売買契約に基づく自動車1台の引渡し債権——請求権は、契約内容に規定された諸々の対象限定語彙、すなわち権利要件を伴

う。この権利はしたがってそれら諸々の権利要件——それを一括して債務の本旨というが、によって権利対象が限定、認定される。債権というのはそのような対象規範である。所有権と債権とはそのような違いをもつ。そういうことができる。

すなわち、法律関係とは人と人の間に成立するものであるから、権利者という語彙はどのような権利にも必ず附属して考えられるが、それを除いて考えると、対象規範には二つの種類の対象規範が存在することになる。一つは単に1語彙でのみ成立し、すなわち権利名称のみがあるにすぎないものである。他方は、権利が単に1権利名称のみによって成立するのではなく、権利事実を規定する複数の要件——対象語彙が存在し、それら要件に対応する要件事実の存在が認められるときに初めて、権利の存在、規範条項の効果の付与が認められる場合である。前者を名称規範もしくは名義的権利、後者を要件化ないしは規格化された規範もしくは権利といえることができる。あるいは前者を非規格化、後者を規格化された規範もしくは権利といつてよい。

したがっていえば、所有権とは「所有権」という1語彙によってのみ成立している権利であるから、所有権者の認否、ないしは所有権とは規格化されていない権利である。

その所有権は前所有権者から売買、贈与等によって譲渡されることによって取得される。それは前権利者から伝承して取得されるものであるから伝来的取得といわれる。したがって現所有権は遡上すれば無限に元所有権者に遡れる、ということは当然ながらない（ただここで途中で時効取得される場合、および相続も伝来的ではあるが、法律行為によらない場合——法定相続の場合を別問題とする）。現所有権は現国法体系によって保証されたものであるから、現所有権の権原（権利の淵源）、それはしたがって、現国法体系の始源を高祖とすることになる。民法規定によれば、それは無主物先占（239条）ということになるが、沿革的には明治政府の所有権法制の「近代化」施策によって、高祖としての所有権者が創出、もしくは認定されたのである。すなわち、明治政府は明治初年の国民に、

主として不動産、就中土地についてであるが、その所有権者を創出し、それ以外の国民を非所有権者とする施策を遂行した。それは大きく分けて三つの施策によっている。一つは抽象的なすなわち言語上の「所有権」という名辞の提示であり、第二のものは地租改正であり、第三のものは全国の土地を私有地と非私有地（公有地——「官地」と称した）に区分することである。もちろんそれらは社会、経済的に多様な意味を帯びたものであるが、政府の施策として先ず第一にあったのは、税としての地租制の確立であったということは可能であろう。税収を欠いて政府が成立しないことは明白だからである。

明治政府が国民国家日本の統合を実現する直前の日本社会は徳川の幕藩体制であり、その体制は、農地生産の収奪の上に立てられたものであった。したがって明治政府の行う、主として土地所有権制度の実現政策は、幕藩体制がその統治のために課していた施策を近代的所有権制すなわち自由な所有権に抵触する限りで転換することであった。

徳川の幕藩体制——それは、幕府が諸侯に領主権を保障し、幕府自体が最大の諸侯であることを特色とし、主従関係に立つ。他方、各領主が幕府自体を含め、自己の家臣に貢納権、すなわち知行を保障する。家臣中の大知行を得た家臣はまた場合によればその臣下（陪臣、又者ともいう）に知行を保障するという複層的な支配体制であった。またその貢納権の保障＝被保障が身分と恩＝奉公という義務に重なる世界であった。

## b

政府＝政権は革命によって全く別様の政府＝政権に変化——変態する。ないしは変化——変態できる。しかし政府＝政権が抛って立っている国民生活は——そして権力を争う政治勢力もそうなのである。つまりあらゆる革命も宮廷革命にすぎないという意味、革命前 *ancient regime* と革命後の間に一夜にして別様のものに變態するということは決してない。時たま、歴史的には愚かな革命家は政権の革命と国民生活の変態を同一視し、それを變態させようと試みる場合がある。カンボジアのポルポト＝イエ

ンサリ政権の愚行はそのような一例であろう。

すなわち明治政府は徳川の税制を引継いで、維新政府成立直後は、最直後はそれさえ定かではなく、京都朝廷は諸出費金を京阪の商業資本に上納金を命じて賄った。その後、徳川を静岡に封じ込め、その余の徳川將軍の天領を没取し、それよりの税を財政基盤として、明治初期の政府を運営した。徳川將軍の領地以外の全国は諸藩の統治の旧態に委せられていた。したがってその限りで維新政府の統治権といっても、全国規模でいえば限られたものであったわけである。それを塗固するために藩主を藩知事と名称を変え、徳川が使った「奉行」という名称を「裁判所」と変更させるなどしていた。

中央政府レベルでの統治権を名実ともに掌握するのは、各藩がその藩権力を中央政府に譲渡し、中央政府がその地方統治を下命することに抛る。それが版籍奉還と廃藩置県である。しかしこの時に至ってもその税制は依然旧態のままであった。すなわち、農地の米生産高を基準にして、その一定率を現米で収納する——年貢である。それは石高、米納制である。

それを我々が現に慣れ親しんでいる税制、それは課税される対象、客体——それを課税物件という（行為または事実）の数量——それを課税標準というが、その課税標準に税率を掛け、税額を算出する。それは税をすべて金額によって算出することを意味する。したがってその税は「税金」であり、かかる税制は米納＝現物納に对照して金納制という——したがって課税標準が、金額の場合は税率は単なる比率で表示され、課税標準が単なる数量であれば、税率は単位数量当たりの金額で表示される。すなわち地租改正とは地租の現米納付を金納に改めることを意味した。そしてこの「金納」には経済的に特殊な意味が存在するが<sup>8)</sup>、それも本稿の埒内にはない。

維新政府が引継いだ国家財政の中核を充填する正税は、田地に農民を縛り付け——農民の移住の自由を奪い、田地の売買と米作以外の作付けの自由を禁じ、田地には米作を専門にさせ、その収穫を正税として納付させるという構造をもっていた。その米納を金納にし、税収を安定的に得るためには、二つのことが不可欠であつ

た。すなわち先ず第一に田地の所有者を決め、その者を納税者とするのである。第二には、その田地、それを課税標準としてその価格に税率を掛けて税額を算出しなければならない。

そうであるから、田地の売買、したがって作付けの自由をも許さなければ、田地に価格は成立しない。そのために明治政府は先ずは田地に価格を付すそれらの施策を下令して行った。最初、ためらいながら畑方物成の金納を許し（明治3年7月24日、大蔵省484号）、翌年、田畑の作付けの自由——田畑勝手作を下令する（明治4年9月7日、大蔵省47号）。次いで明治5（1872）年2月15日、土地売買の自由を認めた——永代売買の禁を解く（太政官布告50号）。

この間、全国的に言えばそれらの施策の脱漏部分を補う施策が平行的に実施されている。前述のように上に述べたのは徳川の大政奉還、王政復古そして版籍奉還、廃藩置県という国政レベルでの統治権の東京政府への集中という枠内でのことである。徳川の幕藩体制はそれだけでは全国を網羅することにはならなかった。すなわち、徳川の幕藩体制は神社仏閣——神仏混淆であったから寺が神社をも「経営」していた。それを「別当寺」といった。その神社仏閣は藩の中であって半ば独立した領主であった。すなわち、徳川が大政を奉還し、諸藩が版籍を奉還しても、神社仏閣の所領はその中に含まれていない。したがって明治政府は別途、神社仏閣からその領地を回収する必要があった。それが明治4（1871）年正月5日の「社寺領上知令」（太政官布告4号）である。劈頭に掲げた事例はこれに係わる。そしてこの社寺領上知に係わる施策は、旧藩領処分と平行して別途進められた。したがって我が国における近代的所有権制の創出、それは抽象的に「所有権」を制度として導入するという政策課題として意識、実行されたことはない。それは税の金納化の不可欠の要件として政策上課題とされたのである。したがってまたそれは近代的「所有権」ではなく、近代的「所有権者」の創出として実行されたものである。したがってその問題意識は近代の「所有権」とはいかなるものであるかというのではなく、その土地のたった1人の納税者を誰にするべきかというものであったわけである。

しかも税は維新政府が引継いだ徳川の幕藩制下の税を前提にしていることに対応し、近代的所有権者も幕藩制下の「所有権者」の中から金納税担荷者となるべき者を選出する方法で「創出」されたのである——本稿はこの幕藩制下の「所有権者」とその中から選別創設された「近代的所有権者」の間の対照を扱うものである。

初期明治政府、それは維新政府といってもよいわけであるが、その中で地租の金納化、本途物成——正税の金納化という課題を一早く持合せていたのは神田孝平であったようである。神田がいかにも、なぜ、そのような課題を抱くに至ったか。その神田孝平なる人物のありようは興味深いけれども本稿の埒外である<sup>9)</sup>。

神田は明治3（1870）年6月、維新政府が新たな議事的統治機関を模索するなかで設置されていた合議機関である公議所内にあって一本の建議を提起した<sup>10)</sup>。それは「田租改革建議」と題されている<sup>11)</sup>。明治政府が取組む二大課題の一つである「地租改正」事業はこの建議から始まったといえる。

神田はその建議の中で田租米納の不合理を列挙している。劈頭、

窃ニ案スルニ、我邦従来田税ノ法、地ノ広狭ト肥瘠トヲ計リ、且ツ歳ノ豊凶ヲ察シ、生スル所ノ者何ニ限ラス総テ米ニテ納ムルナリ。と問題点の所在を纏めて提示している<sup>12)</sup>。

すなわち神田の建議には二つの革命的な提案が含まれていたのである。すなわちそれは、従来の本途物成が所得税——取得税であるのを財産税に変えること、次いで米納という物納を金銭によって納める金納に変えることの二つである。

神田が上述のように従来への貢納が「歳ノ豊凶ヲ察スルカ故ニ検見ト云コトアリ」といい、その収税が不定であって「盈縮定マラス」とし、「翌年ノ経済ヲ今年ヨリ予算スルコト能ハス」と非難するのは、その途中に検見吏の裁量によることの不確定さ、さらには米納を現金化することによる不確定さを併せて非難するものであるが、その根底にあるのは収穫米の収納による貢納——神田はそれを「田税」と表現しているが、それが取得税であることに拠っている。したがってそれを、そこで公財政上最も重要な点

は、上にあるように予算が組めないという点にあったと考えてよいのであるが、予算の計上が可能な、安定した金納による地租に替えるということである。しかしそれは、「田税」を同じ田地を課税物件としながら、それを所得税——所得を一般化して「取得」という用語を使えば取得税、それから、田地の地価を課税標準とする財産税に替えることを意味した。そして所得税を財産税に替えるというこのことが、地租改正後、ただちに激烈な反応を引起すことになった。いうまでもなくそれが地租騒動である。

ただ、神田の建議からは、彼の提議しているものがこの所得税を財産税に替える点への問題意識をほとんど窺わせないといえることができるように思う。

すなわち、提示の順序は逆になっているのであるが、税は、すべてが米納であること、米納を得るためには三つの田地の査察を必要とすること。すなわち①田地の面積、②肥沃度、③各歳——収穫期の作柄の三つの査察である。①の査察を検地という、②の査察を石盛、③のものを検見——毛（毛とは稔りのこと）を見るということ、という。神田は先ず、検地の実施自体のバラツキ——検地を実施されている田地と実施されていない田地、古い時代に実施された田地、最近実施された田地等々を指摘する。また時を異にすれば尺度の精度も異なることをいう。「検地ノ術疎ニシテ測法精当ナラサル者ア」る。次いで三つの査察のこれらがすべて下級役人——神田は胥吏という、によって実行されているのだから、その精度、そして江戸期までの常識としての収賄の弊をいう。神田はいう「吏ノ姦ニ因テ量丈ヲ私スル者アリ」あるいは「胥吏ノ奸トニ依テ不均ヲ致ス」と。そしてその弊害の最もひどいのは検見で「胥吏ニ托シ田毎ニ其眼分量ヲ以テ豊凶ヲ定」めるのだから「胥吏ノ奸何程アルモ之ヲ糺スニ由ナシ」となる。そうであるから「方今胥吏ニ……奸ナキニ非ス、奸ヲ糺ス法ナキ也」とまでいう<sup>13)</sup>。

米納それ自体については三つの弊害を挙げる。一つは、農民は収穫した米を税としてすべて現物で貢納するため、自らの食に自ら作った米を食べることができず、他の産物——畑作物、山野での収穫を市場で売り、金を得て米を買うこ

とを余儀なくされる点。神田は「民生亦憐レムヘシ」という。第二は運送、保管に伴う傷み、虫鼠食いによる減耗により、貢納された米が同量、官に収納されない事情。第三に、上に触れたようにそして公財政上はこれが決定的な事情になると思われるが、収納された米を、政府は市場価格で売却して公費に充てるのであるから、時の市場価格によって公収金変動する。したがって「米価ノ高下ニ從テ政府ノ用度盈縮定マラス。就テハ翌年ノ經濟ヲ今年ヨリ予算スルコト能ハ」ない事情である<sup>14)</sup>。

その事情は「俗ニ所謂成行次第」で「是等ハ弊害ノ最モ大ナル者」で、さらに倉庫内の消耗、売却の際の「米商ノ奸モアル」。したがって「弊害殆ント勝テ計フ可ラス」「之ヲ要スルニ、從來ノ税法ニ從ハ煩勞多ク、減耗多ク、奸賊多」く、そして「民ニ對シテハ不憐ナリ」と付け加え「法ニ於テハ疎漏ナリ」「財政ニ取リテハ損失ナリ」と結論付けている。すなわち「從來ノ税法」は「速ニ改正セスハアル可ラス」と。

従来の税制、それは弥生の昔から行われて来たものであったのであるが、その米による貢納に対する神田の主張はほぼ上記に尽きる。そして神田は続いて、それを改革するためには何を為すべきかを提議している。その改革の提議の内容とは、その後、明治政府、大蔵省によって進められて行く、田畑売買の自由、地券交付、地租改正の手順である。

先ず神田は「方今税法ヲ改正シ右ニ所謂諸弊ヲ除カント欲セハ、田地売買ヲ許シ沽券高ニ準シ金子ニテ税ヲ取ムルヨリ善キハナシ」と提示する<sup>15)</sup>。この章句には、田地の所有者を、そしてそれは「所有者」とすれば、一人になるのであるが、それは明確に意識されていない。それは上に「売買ヲ許シ」という提議に含まれている。そしてそれを決め、その者に所有権とその田地の価格を表章する証券を付与する、とする手順が省かれている。しかしそれはまさに以後、明治政府が「地租改正」として取組んで行く施策の概要になっているわけである。

その手順は上の章句に続けて提示されている。すなわち「先ツ田地売買ヲ許シ毎田ニ其沽券ヲ作ラシム可シ。且其沽券ニ役所ノ割印ヲ付シ、

印ナケレハ証拠トナラサル趣ヲ令スヘシ」としている。そしてその証券——「沽券」と表記されているが、に付けられる地価は所有権者の任意によるとしている。

次いでその証券の控えを府県の下機関——後年それが町村制になるが、そこで控帳を所管させ、その閲覧、写本の付与をも述べている。それは所有権法の観点からではなく、地価を市場の監視の下に置いて、平準化するためであるとしている。

そして税額の算出方法としては、所管内の地価総額を過去20年間の管内の貢米の平均高を求め、同じく米価の平均相場を求め、地券地価の総額との比率で求めよとしている——いうまでもなくそうして求められたのが全国平均地租3歩（3%）であったわけである。

そうすることによって、神田が劈頭、列举した米納による幣は「一切消尽スヘシ」という。それに続けて神田は本論の「其二」として、田地売買の禁を解くことの反論——それは貧富の不均衡が生じることを理由とするものへの反論を述べる。そこでは売買の自由による平均化——自由市場による均衡の利——それを神田は「沽券税法ノ要用」といっている、を主張している<sup>16)</sup>。

田地に価額を付けることと並んで、必要なのは担税者の確定である。幕藩制下の田地では米納された正税以外、その田地の履歴に応じて、例えば開拓された新田であれば開拓資金を投じた金主が耕作農民から作料を収納している。すなわち複数の米納が収められていた。しかし金納にするべく田地に価額を付せば、その田地には1田1価の価額が付く。それに税率を掛けて正税を金納させるとすればその田地のたった1人の納税者を決める必要がある。旧幕藩制下では誰が「持主」と決められることなく、1田地に領主、開拓金主（例えば）場合によれば耕作農民が借用した金の金主への米納が、区別なく重なっていたわけである。いうまでもなくそれが前近代の「所有権事実」である。それを講壇上「重疊的所有」という<sup>17)</sup>。

したがって田租金納化は、貢納米を時価で換価し、金納するというのでなければ、田地に価額を付与し、それに税率を乗じて税額を算出し、

納税するというのであれば——上記神田の建議はそれがなぜ必要であるかを説く、1田地1権利者（1物1権）を必須と化することになる。すなわち明治政府は地租を財産税とすることの必然として「所有権者」を上記諸収納者（耕作者を含め）の中から選んで行った。それが「地券渡方」である。ただ当初、田地の売買自由が認められていない間に、町地は旧幕以来売買自由であったので（拝領地は除く）明治4（1872）年12月27日、東京府下の武家地町地に課税、地券を渡すことが命じられた（太政官布告682号）。

地租改正ということからすれば付録的な、現在の用語でいえば市街地に当る東京府下の武家地町地への課税、地券渡方に対し、本体にあたる田地への地券渡方は、太政官が土地の永代売買の禁を解いた（太政官布告50号）明治5年2月15日、同月24日、大蔵省達25号によってその規則が公布されて始まった。ただ明治政府には逡巡があったようで、当初は地券渡方を新に売買譲渡がある場合に行うとしていた（地券渡方規則第1の1、第13）。それを7月になって全地に、すなわち、新に売買を行わず従来どおりの使用、収益のままの田地にも渡すと改めている（同7月4日、同省達83号）。かつ同規則は同年9月4日に後半部分の条項が追加公布され（同省達126号）、10月末日には増補規則を改正している（同省達159号）。

その間の同5年8月には太政官が地租改正の中核になる正税の金納を布告した（同8月12日太政官布告222号）。ただこの矢継ぎ早の、かつ一連の施策は技術的に大きな欠陥をもっていた。それは大蔵省内、端的には神田の意識内ということであったと考えられるが、田地の正税改革のみが念頭にあったからなのであろうが、地券を土地「所有者」に付与するとすれば、そして土地に交換価額を付与するとすれば、土地の用途によって地価は異なって来る。その土地の用途別の種類分け——現在の用語でいえば「地目」の設定自体が行われなければならない。それが欠けており、地目の設定が行われるのが翌年になる。すなわち明治6年3月25日、太政官布告114号で地目を交付したのがそれである。この地目は内容が旧態然として実用に耐えるものではなかった——皇宮地、神地、官庁地、官



用地、官有地、公有地、私有地、除税地の8種に分けている。ために1年半歳を経ずして翌年11月、改正されている（明治7年11月7日、太政官布告120号——官有地と民有地に2分し、前者を第1種～第4種に、後者を第1種～第3種に区分する）。いうまでもなくこれが一方では後にかつ別に登記法、不動産登記法の地目に変転して行くことになる。さらに今一つ、この間に地租金納化のために必須的な基準の変革が行われている。すなわち従来の米納の前提として土地の量が米の量すなわち「石高」で表現されていた。それを面積に改めることである。すなわち太政官は田畑の石高を反別に改めると布令している（明治6年6月8日布告194号——この布告、たった1行の簡単なものであるが、重要度は高い布告である）。

そして一連の施策の結果として、土地に所有者を定めるとすれば、全国の土地のすべてに所有者を定めなければならない——逆にいえば無主の土地を無くさなければならない。そのために行われたのが官有地＝民有地の区分である——すなわち非民有地を官有——したがって地租は納められない、としてすべて収公したのである。

すなわち、我が国における近代的所有権制は、明治政府の施策により始まったものである。この「明治政府の施策により始まる」というところに一つの問題を観ることができる。所有権が歴史的範疇に属するものであって、「所有権事実」が実在し、それに付された名義が「所有権」であるとすれば<sup>18)</sup>、所有者の目的物所有事実があって、それがその実在の認証を求めるという歴史過程を経ることになる。それに対照すれば、明治史における上記過程は必ずしもその過程と強くは親和的でない。しかしその間の事情——上からの近代化、それも本稿の埒外のことからそれ以上触れない。

本論に戻る。明治政府による近代的所有権制の導入の具体的な経過、それは慶応3（1867）年10月14日の徳川慶喜の大政奉還——それは維新における中央権力争奪の最終過程での駆け引きの一つであったのであるが、それに始まる（現日本政府の法令を網羅する「法令全書」は劈頭、上記、徳川慶喜の大政奉還を京都朝廷が

「許す」ことを宣言して始まっている。その事実は、現日本国政府の正統性の淵源を示すものでもある）。

国家権力が京都朝廷に移ったことを承けて、京都朝廷の維新政府は、明治維新を推進した諸思想——イデオロギーを下命し、実現して行く。その内の近代的所有権制度の創設というのは、それを表現する語彙を、それら維新を推した諸思想の中に直截的にもつものではなかった。それは結果としては極めて当然なことであったのであるが、維「新」政府の財政を充填する新しい税制を実現するのに必要な——それは必須なものであったのであるが、条件として、維新政府そして明治政府の政策課題の、そして二大課題の一つという重要性をもって扱われることになる。その課題を「地租改正」と称した——二大課題の今一つのものは、いうまでもなく「条約改正」である。すなわち、我が国における近代的所有権制は政府権力の実力を支える不可欠、唯一つのもの——税制の確立の条件として実行されたということである。

### Ⅲ 歴史的な所有権論

#### a

明治3年12月に発令されたものであったようなのであるが、記録上は明治4年正月5日布告とされている、太政官の社寺領上知令は、その経緯からして副次的な、ないしは補遺的な処分であった。しかし、徳川氏の大政奉還、諸藩主の版籍奉還に続いて、明治政府が進めたのは地租改正であった。そのなかで明治政府が地租を金納にするため、課税標準を地価とし、納税者を地権者とする。そのために進めた地権者の認定作業、それは表現を換えれば田畑耕作地の「所有者」の創成であったわけである。

その「所有者」の創成ないしは認知の作業とは、上に論じたような経過で行われた。その作業は他面で今一つ別の意味をもつことになる。すなわちその作業は、先ず版籍奉還を受容し、全国の藩を県に換えた。他方、貢納金納化という目的に教導されて、課税標準を生産物の時価ないしは価格ではなく、耕地の地価とするのであるから、その前提として耕地すなわち田畑売



買、耕作の自由を承認した。その上で、最後の  
に、耕作地価を確定し、耕作地所有権者を1物  
1権で確定した。その作業が地券交付と地租改  
正であった。

この一連の作業は三つの意味をもつ。一つは  
公法関係＝私法関係の分別である。周知のよう  
に前近代的支配権は公法関係と私法関係が融合  
して存在する。言葉を換えれば近代社会の所有  
権は先ずこの領主支配権を公法化することによ  
って成立する。ヨーロッパ社会はそれを宗教戦  
争を戦い尽した後に、政教分離という原理を確  
立することで実現するのであるが、我が社会、  
明治維新にはそれに対する確たる定見を欠いて  
いる。しかしその国家＝公共支配の、いわば史  
的に中性化すること。それが徳川の大政奉還か  
ら版籍奉還＝廃藩置県までの経過の第一の意  
味である。徳川の幕藩体制がその表層をいかに改  
革しても時代に適応し得なかったのはその公私  
の融合性である。しかし注目すべきことは、  
それが公＝私法の分別の理論を深化させること  
なく、あるいはそのような法理を必要とする自  
覚をもつことなくとさえいえるのであるが、実  
行されていることである。徳川の大政奉還、な  
いしは京都朝廷による維新政府の樹立が必然と  
して、その政府の公法的純化を伴わなければなら  
なかった。そういうことではない——必然と  
して、徳川の大政奉還——維新政府樹立、すな  
わちその維新政府の公法的純化である必要はな  
かった。

しかし維新政府が徳川の大政奉還とそれを覆  
す関東攪乱、戊辰戦争を戦いながら、創成の混  
沌のなかで産み出して行ったのは、公法的に中  
性化され、私法を排除した国家＝公権力であっ  
たということである。ヨーロッパ史は国家を宗  
教戦争を経過することによって中性化したとい  
われる<sup>19)</sup>。

それは二つのものの前提になる。新しく成立  
した維新政府が私的要素を排した公法的政府で  
あったがために、初めて維新5年後という速さ  
で耕作地の私所有化を実現できたということ。  
同時代の意識が公法＝私法を混淆したままであ  
っては私所有権は成立しない。今一つのは、  
版籍奉還によって領主権が私所有権になる資格  
を喪ってしまった。ないしは版籍奉還によって

大名主の私領主権が私的所有権から排除された  
という点である。そしてそれは大名主から頒け  
与えられた——恩義である家臣の領主権も大名  
主——藩主の領主権の排除とともに私所有権か  
ら排除されるという論理的結末に導いたという  
ことである。この家臣の領主権は当初は彼等の  
生活のために国家による給料給付——禄制とし  
て維持され、後、国債の頒与によって打切られ  
た（秩禄処分）。

その一方で残された耕地——田畑と耕作者が  
田畑の私的権利者と認知されたわけである。こ  
の間に、先に触れたように公法＝私法理論によ  
る論争——解説が大々的に行われるということ  
はなかった。今一つは、その公法＝私法の分別  
が理論を欠いて、あたかも当然であるかの如く  
に進められた点である。ただ、それは当然であ  
ったのではなく、西郷隆盛の下野と西南戦争の  
一因がそれであるという指摘は存在する。また  
いうまでもなく、公法＝私法の別は精密には行  
政法学の成立——それはまた同時に憲法学の成  
立であるが、を俟つことになる。

そして耕作地とその利用関係のなかで領主権  
が排除されたあと、残されたのは自作と小作で  
ある——地租改正規則付録の地方官心得書は地  
価算出の範例として（同規則第12章）、自作を  
「第1則」小作を「第2則」として2例を提示  
している。そして地券渡方規則（明治5年2月  
24日、大蔵省達第22号）は小作について、当  
然に「地主」に付与するものとしている（別紙地  
所売買譲渡ニ付地券渡方規則第一）。地租改正  
条例規則別冊地方官心得書（明治6年7月28  
日）は、小作について「名田小作」「永小作」  
「地主ノ其地ヲ自由スルノ権利アラサル者」「小  
作人ニテ貢米諸設ヲ出スノ類」という四つの例  
外を挙げている（同心得書第16章）。したがっ  
て地租改正では、都合5種類の小作を前提に作  
業を進めていたことになる。

それはまた、地租改正作業のなかで、上にい  
う五つの小作とともに地権者すなわち地券付与  
者から除いているのであるから、「自作農」と  
「地主」の二つの所有形態を「所有権者」とし  
て選んだということの意味する。

すなわち徳川の幕藩体制下では、主たる生産  
基盤である田畑という耕作地に対し、領主権

——それはさらに藩主の領主権という上級領主権と家臣の給地という下級領主権に分けられ、さらに自作農の耕作権と小作農の耕作権、小作地の地主権という5種類の人と物の関係、ないしは「所有」の形態があった。所有の形態——所有の姿といえればそれ以外に補助的生産基盤である耕地周辺の里山、原野への所有の形態があったことになる。それを入会という。したがってそれを含めれば6種になる。そして上に触れた小作関係が5種に分けられるように、そして前近代の社会関係一般がそうであるように、各関係が多種の変異ないしは例外をもつ関係であったのであるが（1 = 1 すなわち A 対非 A という認識が成立していない）<sup>20)</sup>、それらの多様性の上に、前近代社会に近代的な所有はなかったのであるから、その多様な耕地との関係が、すなわち前近代社会の「所有」の形態——姿であったということである。あるいはまた、その所有の形態——所有の姿のなかから、自作農という所有の姿と、小作地地主という所有の姿を選び出し、それら二つを近代的所有権の形態——所存の姿として選んだということを意味する。

すなわち、維新政府から初期明治政府は、版籍奉還、廃藩置県、地券渡方、地租改正という一連の政策を施行することによって、耕作地についていえば、「自作農」と「小作地主」という二つの耕作地利用関係を「所有権関係」——所有権の実体として選択し、それを「所有権者」と名付けた。そういうことである。それは我が国における近代的土地所有が、近代的土地所有の実体、それは民法典206条が提示する、自由な使用、収益、処分をする支配の実態を備えていたから（近代的）「所有権者」とされた。そういう経緯を示さないということである（この問題は明治維新が近代ブルジョワ〔市民〕革命であったかどうかという問題でもある）。地租改正処分のなかで選出された、ないしは抽出された所有権者なるものは、幕藩体制下の自作農、小作地地主であって、彼らは近代的所有権者として抽出されるその時にあって、耕作地を自由に使用、収益、処分できる支配の実態を備えた権利者であったということはない。それらはむしろ明治政府がその抽出の前提条件とするために、政策として法制上付与した権能であ

ったわけである（ただ地租改正時に民法典は成立していなかったのであるから、当時、それも明確に意識され、提示されていたとはいえない）。

ただ上に述べた点は、本稿においては傍論である。問題は、上にいう所有権者として抽出されなかった、幕藩制下の土地所有の姿——形態の行方である。抽出されなかった幕藩制下の所有実態中の領主権は、上に触れているとおり、政治過程そのものとして解消した。すなわち大政奉還、戊辰戦争、版籍奉還、廃藩置県そして西南戦争という政治過程がそれである。そしてその脱漏の補遺として社寺領上知処分が行われた。したがって、幕藩制下の土地所有の形態としては、地租改正以後も田地耕作という主たる生産関係では小作農が、そして田地耕作を支える主要なものではないが重要な、土地所有の姿としての入会が遺されたことになる。

## b

日本民法典277条は永小作権について「前六条ノ規定ニ異リタル慣習アルトキハ其慣習ニ従フ」とする。また、263条は「共有ノ性質ヲ有スル入会権ニ付テハ各地方ノ慣習ニ従フ外本節ノ規定ヲ適用ス」とし、294条は入会権に関して「共有ノ性質ヲ有セサル入会権ニ付テハ各地方ノ慣習ニ従フ外本章ノ規定ヲ準用ス」とする。後者の「本節ノ規定」「本章ノ規定」とは入会に入会集落が入会地を所有する場合と、所有しない場合の別があるとされ<sup>21)</sup>、その違いに従って共有の諸規定、地役権の諸規定が準用されているのである。この三つの条項の規定について我が民法学界は、先ず永小作についていえば、小作関係は幕藩時代から継承されて行われているものが多数あり、それらの小作関係は慣習に依存するものであるのだから、本来、制限物権あるいは他物権というのは、その所有権者——本権者と利用する者との間の合意、すなわち物権設定契約によって創設されるものであるのだけれど、権利の内容、例えば賃借権であるのか物権であるのかの判断に慣習を援用している<sup>22)</sup>。そして入会権とはそもそも「慣習に委ねられた権利である」。そう理解する<sup>23)</sup>。

制限物権ないしは他物権という権利は、確か

に物利用関係そのものであって、資本主義経済の下での他人の物利用は基本的に賃貸借契約によるものであるのだから、制限物権、他物権とは賃貸借契約に第三者対抗力——所有権者の変更にもその利用に影響されないものとされた権利である。ただ日本民法典は賃貸借契約の契約性、それはドイツ式民法典の物権＝債権の対照形式ということであるが、それに納得できなかったことを一つの理由にするとも考えられるが、賃貸借契約自体で第三者対抗力をもつものを設けている（民法605条）。

制限物権、他物権とはそうであるにすぎないのであるから、永小作、入会という物利用の方法は、設定契約が新に締結されて設定されるということはなく、そして明治民法典が施行された時点では既存の「利用形態」としてあったのであるから、その既存の利用形態の具体的内容が「慣習」として成文法に導入された。そういう経緯として理解されるとすれば、上に触れたように解説されるであろうし、それはそれで尤もであるとはいえよう。

しかし入会、永小作が「慣習」を法律要件としていることは、以上の一般的な説明では説明できない二つの意味をもつ。その二つの意味はともに「利用の形態」という点、入会、永小作において「慣習」が法律要件に導入されている場合、その慣習とは入会、永小作の実体形態——それを縮めて「実態」といってよいのであるが、その実態によるとしていることになる。そうした場合、その実態が法律要件、権利要件として成文法に採り入れられたということは、先ず第一にその実態とは前時代の所有の実態であったということ。すなわち明治政府が実行したことであったのであるが、それを法規範として整理し、入会と永小作の所有の実態は、したがって所有の形態は、日本民法典の所有すなわち主たる物権の権利実体の形態としては採用されなかった。そういう事実を証明する。そういう意味である。

今一つの意味はしたがって、入会、永小作に慣習が権利要件として掲げられているということは、入会、永小作が前時代の——それを「歴史的」と表現するとすれば、歴史的所有権であるということの意味しているのである。すなわ

ち入会、永小作という民法施行下の物利用物権は、民法施行前の時代ではその時代の物所有権であった。そういう意味である。

したがってその見地からすると、入会権に総有権としての入会権があるという理解は一考を要することになる<sup>24)</sup>。すなわち「総有」という所有はないというべきで、「総有」という所有は、近代的所有を判定基準すなわち範疇にして、前近代（近世）的所有を非「所有」と類型化するものである。すなわち前近代（近世）においては、「総有」が「所有」であったというべきなのである<sup>25)</sup>。近世（前近代）の入会が「総有」であったというのは、したがって前近代の「所有」を「所有」でなかったという誤謬を犯していることなのである。前近代の所有は近代の所有ではない—— $A \neq \text{非}A$ 。しかし前近代のある時代の所有はその時代の所有である。冒頭に掲げた大審院判決における上告人の上告理由第1点で、上告人が控訴審判決を批判するのがこの論理。そこで触れたようにこの遣り取りは、大審院が問題を——多分、理解しなかったからであろう、答えられていない。

前近代においては——というよりも近代的所有権が確立されるまではというほうが妥当なのであるが、物ないしは取り分け不動産、取り分け土地については、近代の所有権意識は確立していない。ないしは所有と使用（利用）は分化していない。そういうことが可能なのであるから、それは逆にいえば、近代的所有権が確立して、それと対照される他物権、利用権が確立するということである。したがってその未分化な時代の、例えば入会関係に「地盤」の所有争いが現出することがないのは、その必然的な結果というべきなのである<sup>26)</sup>。

所有と利用を区分するのは所有が排他的、絶対的支配権として確立した後に出て来る認識である。したがって土地所有についていえば、それは近代的所有権の確立された後のことである。すなわち我が国でいえば民法施行後である。またしたがって、前近代の入会を評価して、「利用のみが問題とされており、地盤の所有が問題にされていない」という指摘は<sup>27)</sup>、何か有意味的な指摘が為されているということではない。当前を指摘しているにすぎない。すなわち非

近代は非近代である、前近代は非近代であるという指摘に止まる。

前近代から生成している入会のなかに、取り分け前近代社会が近代に入ろうとする接点の時に、近代の所有意識ないしは所有権意識がいかほど、ないしは全か無かの、あるか＝ないかを問うのは<sup>28)</sup>、設題が逆か立ちしている。ないしは認識の倒立なのである。一つはないのが当たり前。非近代は非近代（非A＝非A）。一つは非近代の所有はいかにあったかと問われるべきで、入会を評価していえば、その実態が前近代の「所有」の実体であった、と解くべきなのである。

戒能説は中田説が「土地所有権概念」の存在を前提にして、「明治初年に於ける村」の入会を整理しているのに対し、「明治初年の判例を通した感じでは、果してかくの如き明確なる土地所有権概念が、地租改正前広く入会稼場の地盤について存在していたか否か、疑いなきを得ない」とされる<sup>29)</sup>。しかし論者はそのいずれにも否定と肯定を考えるのである。

すなわち、「明治初年における」というのは前近代という意味——それは近代が始まる直前ではあるが、決して近代が始まっていないというニュアンス、それで「近代」的所有権——それは抽象的で、排他的、絶対的な支配権という川島説に従っておくと<sup>30)</sup>、それが成立していないのは当たり前のことである。その限りで近代的所有権とは、自由な所有権——日本民法典206条の内容と、数理的論理性によって形成されるものである。

ヒトは自由であるべしと自覚し、 $1 = 1$ と論理するに至って<sup>31)</sup>、川島説のいう近代的所有権は歴史実態として現象する。したがって時代がその近代に入らないところでは、その近代的所有権意識——概念がないというのは、いわば当然である。戒能説のいう批判はそれを指摘しているものである。そしてその指摘は今一つ、明治初年の日本の村落実体に近代的所有権概念、したがって「近代」は存在しないと指摘する意味をもつ。

しかしながら、そうであれば前近代社会における「所有権」は、ないしは前近代には所有権概念は存在しなかったのかという——戒能説

はそう言わんとするもののようであるが、それはそれで一つの誤解というべきである。論者はそう考える。

すなわち、前近代に「所有権概念」、それは「かくの如き明確なる」と修飾されているのであるが、その存在に「疑いなきを得ない」というのは、「近代的」所有権概念の存在についてのことでなければならない。それならば前近代は近代ではないのだから、前近代に近代的所有権概念が存在しないのは当たり前である。それはしかし前近代には「前近代」の所有概念の存在を想定しなければならないということである。すなわち前近代——前近代とは近代に至るすべての歴史を指すのであるから、今、問題をその直前、すなわちそれを「近世」と名付ければ、近世には、近世の所有概念があったと考えるべきものである。

そして「明治初年における」入会がいかなるものであったか、その実体の詳細は別として、それが近世の所有権概念そのものである。すなわち明治初年における入会の実態とは、近世における所有権概念そのものを示すものである。そう把握するべきで、戒能説にはその自覚が欠けている。論者にはそう見える。先きに論者がそのいずれにも肯定と否定を考えると述べたのはその謂である。

## おわりに

人が新しい道具を手にとると、それによって利益を蓄積する方法、あるいは言葉を換えれば富を手にとする方法、富を手にする者も様変わりする。その様わりは、徐々に人間社会に生起するというのではなく、ある時点で突然といってよいほどに急激に生起する。それは新しい道具、手段であるからその時、時代の若年者——若い世代がそれを手にとすることは、ある意味で必然でもあるのだろう。

新しい道具の、新しい可能性は、従来の道具と手段によって生活し、富と地位を手にする。それはその時に先行する既成世代である。しかしその既成世代と、既成の階層には新しい道具、手段の可能性が直截的な可能性と感覚されることはない。あるいは不可能である。それは、自

己の直感と能力と身体のみで社会に位置している世代にのみ、感じられ、試みられるものである。それはいわばその時代の新しい世代の特権というものであるかもしれない。

そうであるからその様変わりとは、ある時、それまで無名の若者によって、いわば革命的な出来事として演じられることになる。19世紀が半ばを越え、それは時代の民族主義が、日本という極東の地にまで及んだときであったのであるが、我が国が国民国家に変わろうとした時代にもそうであった。その時代を若者として迎える好運を得た世代は、しかし日本のその世代は真摯にそれを演じたといえるのであるが、それまでの時代とは様変わりのものを産み出した。

それは、ここで問題にした所有権といわれる名を付与されたものであったのであるが、しかしその産出の様は、人間が産み出すものであるのだから、革命的な様変わりといっても、それまでの人間の生活を踏まえて産み出されている。その産み出され様は、前時代の、強いていえば所有権のなかから新しい時代の所有権を抜き出すという様であった。そして新しい所有権が抜き出された跡に遺された前時代の所有権は、何等、顧れることなく打捨てられた、というのではない。それは新しい所有権の下で別の権利——他物権として遺されたのである。逆に言えば、慣習を援用している他物権——それには二つのものがあるのであるが、とは、その新しい時代の所有権が抜き出されて遺された前時代の所有権である。すなわちそれらは歴史的所有権である。

本稿はそれを論じようとしたものである。

## 注

- 1) 熊本地裁判, 昭和39年12月23日, 下民15-(2)-186。
- 2) 我妻栄評釈『判例民事法』昭和12年度, 41事件, 有斐閣, 昭和13年は, その158ページで……蓋し, 当時の土地制度変革は私的支配権の実体の存在を前提しこれを所有権と認定した……とされる。
- 3) 『大審院民事判例集』16巻(40), 594ページ。
- 4) 同上書, 595ページ。
- 5) 同上書, 同所。
- 6) 辻「名前考——所有権の法と言語論」『阪南論集 社会科学編』40巻2号, 2005年3月, 49ページ以下。

ジ以下。

- 7) 倉田卓次「証明責任分配論における通説の擁護」『判例タイムズ』318号(1975年5月), 62ページ。
- 8) Marx, Karl, *Das Kapital*; Kritik der politischen Ökonomie, 1ter Bd., Dietz vlg., Berlin, 1965, s.155. (岩波文庫本, 向坂訳では263ページ, 向坂逸郎訳『資本論』(一)第1巻, 第1分冊, 昭和22年)。  
マルクスは資本の原始的蓄積論のなかで, ヨーロッパの中世よりもより中世的な姿を示すと規定した\*, 多分, 江戸期であろう, 我が農業形態を, 驚き——同時代に未だそのようなものがあることの驚きを以ってであろうか「模範的」*musterhafte*と形容し, 貨幣論のなかで, ペリーが合衆国大統領の国書をもって迫った日本の開国によって, 貢納の——正確には貢納ではなくて地代 *Rent* の, といっているが, 現物納から金納への移行 *die Verwandlung* を余儀なくされれば, 従来日本の経済形態は——「その狭い経済的諸条件」*Ihre engen ökonomischen Existenzbedingungen* といっているのであるが, 解体する *auflösen* と指摘していた。

\* *derselbe*, Dietz 版, S.745 (向坂訳, 岩波文庫, (四)第1巻, 第4分冊, 昭和25年, 273ページ)。

- 9) 神田孝平についての最近の文献には次のものがある。

尾崎護『低き声にて語れ——元老院議員神田孝平』新潮社, 1998年。この文献, 内容の一部は小説の形式になっているが, それは全体について半分に満たない。外は著者の縁の地のルボと, 評伝になっている。その著者は周知のことであるが, 元大蔵事務次官\*。

維新政府の, しかもかなり早い時期に後に「地租改正」と称される, 政府の主たる財政収入である貢納制の改革, 一般にいうように「近代化」と称してよいであろうが, それを提議した功績は, 神田孝平に帰することができるのである。神田とほぼ時を同じくして陸奥宗光にもその提議が遺されているが\*\*, それが陸奥独自のものであるかどうか疑いが残り, 陸奥が固有にその問題への関心と改革案をいかに得たかも不明な点が多い。

陸奥の建議は冒頭, 従来の貢課の検地, 石盛の幣をいい, それらを全国画一にしようとするれば, その改革の困難を評す。次いで米納による歳入歳出の予算策定が不可能であることをいう。また米納による運送上の損失を指摘し, 年貢といわれた貢課を地価を標準とした金納するべきであるとする。

したがってその指摘するところで, 神田の建

議を出るものは皆無であり、その貢課の論難も神田のそれに比してはるかに粗略である。神田のそれが、田地の売買の禁を解くところから始まって、地券発行を経て、地租改正に至る手順を精しく提議し、その地価評価を申告制にするという、後に孫文によって中華民国の地価制に採用されたものと同様の提案を含むのに対し、陸奥の建議にはそのような具体的手順を提示するところはない。

ただ陸奥のそれには末尾に、

臣囊ニ大坂兵庫和歌山ニ在職シ其法ヲ計考シ略定算ヲ得タリ。又嘗テ一老農ニ資問シ村里ノ實際ヲ悉セリ。之勘量ヲスルコト略熟シ、施行ノ術亦甚タ難カラサルヲ知ル。若シ臣カ議ヲ以テ採ル可アルトセハ願クハ之ヲ大蔵省ニ下シ、臣ト合議シ取捨斟酌以テ施行スルコトヲ得セシメヨ。即チ其施設ノ方法ノ如キハ実地\*<sup>1)</sup>ニ就キ詳密ニ具状スヘシ。

とする強烈な自己宣伝と売り込みが付け加えられているところが異なる。

\*<sup>1)</sup> 大内兵衛『財政経済史料集成』は「実施」とす。

その宣伝が有効であったのであろう。この建議の後、陸奥は大蔵省租税頭に任じられることになる。この前後陸奥は、神田そして由利らの排斥を画策したふしがある。

陸奥のそれが神田の剽窃であったか否かは別にして、地租改正の提議の功績はやはり神田のものであるといえるであろう。それだからこそ、官職が兵庫県令文部少輔止まりであった神田に、男爵が下旨され、華族に加えられたのであろう。ありきたりの文部少輔で男爵の栄誉に浴するというのは、必ずしも多くはないはずである。

そうだとすれば、そしてそれは一体、神田孝平という人物は何を学んだ者であったのか。何を専門とした者であったのかという問に連なるのであるが、一体、神田はなぜこのような税制の近代化、そしてそれはヨーロッパ近代の「所有権」という権利の確立をも含むのであるが、その提議を建てることができたのか。そしてそれはまた大きくは、明治維新は近代市民革命——ブルジョワ革命であったのかどうかという問にも連なるのであるが、それが問われる。

それを想うとき、その原因の一つは日本人の知的嗜癖によるものであろう。そう思う。すなわち、我が知識世界は、自からの知能を振り絞って独自の、先行する時代のものよりは新しい思想——哲学といってもよい、それを考え出し、書き遣し、あるいは固有独自の知見を見出し、それが書き遣されたものを良しとする。価値を

見出す。そういう世界ではない。我が知識世界は異国の哲人、賢者——すなわちそれは既存の権威のそれを紹介、解説する。それに「無上の」価値評価を与える。そういう世界である。独自固有のものといえは先行する解説の上に一工夫を「加上」するに止まる。それは世紀の改まった、21世紀初頭の今においてもそうであり、それは今後もなお続くことであろう。

そして、その解説、紹介される権威、賢哲は、かつては一衣帯水である中華帝国のそれであり、それが我が有史以来のものであった。そもそも我が国語はその表記の文字を独創できず、中華の文字——漢字を借りている。しかし人間が効率的な長距離移動の手段を獲得するに至れば、解説、紹介に供される賢哲もそれによって変化、拡大する。それがヨーロッパ史でいう大航海時代によって来たとされ、意識の根底では、唐土のそれが喪われ、新たなものに替わる怖れもあったのであろう、その交流を拒絶してみた。いうまでもなく徳川の鎖国政策である。しかし、歴史の流れが人間の遠隔地移動手段の獲得であるという事実は覆すべくもなかったのであるから、我が知識世界の求める異界の賢哲への憧憬は徳川の300年——精確には275年を通じ、徐々にではあるが確実に我が知識世界の意識に、新たな権威の源泉として浸み渡った。そう考えることができる。

徳川の後半期に、蘭学の追究が我が知識世界に定着するに至り、その雑多な——医学、物理、化学、天文から社会経済学に至るまでの知識が学ばれ、蓄積されることになった。そしてその雑多な蓄積が国民国家日本の形成に供された。その動因をなすのは、上記、我が知識世界の嗜癖である。そう考えられる。

したがってそこには一つの決定的な性質をいうことができる。それは、紹介、解説されるものを支える思想、哲学その固有性と確信が欠陥していることである。それは外的条件と学ぶ者の好奇心の偶然に任せられ委ねられていたのである。

すなわち、例えば神田の旺盛な好奇心によって、紹介、解説された具体的な事項、例えば「地租改正」といえども、そこに神田個人の思想の固有性と確信を見ることは、神田個人の知的潔癖、倫理的心情を除いて、無いのである。それは神田の好奇心と職を求める必要性という外的条件の偶然に左右され、神田の固有な発見、着想、知見によるということはない。その好奇心の強さは確かに神田の知識を百科全書的なものにした\*\*\*。

\*論者はその題「低き声にて語れ」を観たとき、低き声で語らなければならないとするある理由、ある事情を想った。ただしそれは外れた。その題のいう理由、事情は、先見の明の受ける俗蒙の誤解、あるいは先見の明に対する羨望に因って起るものを避けようとしたと著者はいうようである。

なお同書には、明治史中の史実の記述に誤りが一二散見する。それらは細かいものとはいえ、著者の履歴からして意外な感をもつ。

\*\* 萩原延寿『陸奥宗光』朝日新聞社、1997年、295ページ以下。

\*\*\* 尾崎、前掲書、283ページ。

- 10) この議事機関——それは機関として議決に拘束力ある権能を与えられていなかったから議事機関とも称せない類のものであった。しかしその成員、したがって現在の用語でいえば議員であるが、それを「公議人」と称し、維新政府は各藩にその選出を命じた。その公議人として政府は福沢ら旧体制の革新的知識人——それを当時「新知識」と称した、を招聘し、新体制に取り込もうとした。その旧体制の維新的知識人、彼等、多くは後、「明六社」というサークルを結ぶわけであるが、その多くは明治政府の招きを拒んだが、神田はその点へのこだわり——徳川への忠誠と転向ということになるが、それをもつことなく、サラリと維新政府の招きに応じ、その公議人の中に入った。それが以後の神田への高い評価の源になったことは疑いが無いが、そのこだわりの無さが、幕府旗本竹中氏の、そしてその家臣である神田氏の個性ということなのであろう。いうまでもなく旗本竹中氏とは太閤記に名だたる半兵衛重治の後裔である。
- 11) 大内兵衛、土屋喬雄編『明治前期財政経済史料集成』第7巻、原書房、昭和54年、301ページ以下（同建議他、神田の意見書等は西周他『明治文学全集』第3巻、明治啓蒙思想集、筑摩書房、昭和42年にも載せる）。
- 12) 同上書、301ページ。
- 13) 同上書、同ページ。
- 14) 同上書、302ページ。
- 15) 同上書、同ページ。
- 16) 同上書、303ページ。
- 17) 川島武宜『所有権法の理論』岩波書店、昭和24年、108ページ。
- 18) 辻、前掲論文（2005）、同ページ。
- 19) 丸山真男『現代政治の思想と行動』増補版、未来社、1964年、13ページ。
- 20) 沼正也『財産法の原理と家族法の原理』改訂版、三和書房、昭和38年、642ページ。

- 21) 星野英一『民法概論』Ⅱ、物権・担保物権、良書普及会、昭和51年、177ページ。
- 22) 同上書、157ページ。
- 23) 同上書、177ページ。
- 24) 中田薫『法制史論集』第2巻、岩波書店、1938年、670ページ。我妻栄『物権法』民法講義Ⅱ、新訂版、1983年、440ページ。
- 25) 栗生武夫『入会の歴史其他』日本評論社、昭和18年、84ページ。
- 26) 戒能通孝『入会の研究』一粒社、昭和33年、50ページ。
- 27) 同上書、59ページ。
- 28) 戒能、同上書28ページは、それを「無い」とするのであるが、この問題意識は好んでもたれるといてよい。尾崎、前掲書もそうである（283ページ）。

同問題について、工藤英一「神田孝平の地租改正意見について」『明治学院論叢』第15号、1949年2月、108ページが、……明治元年「拝領地並に社寺等除地の外村々の地面は素より都て百姓所有地たるべし」との太政官布告が發布されたため、土地の所有権は法律上農民に認められた。……としている点は驚きである。太政官が明治元年の時点で「所有地」と布告できる可能性がほとんど存在しないからである。この点結論を先にいえば、太政官、精確には「行政官」名で出された布告であるが、「所有地」とはいつておらず、「百姓持之地」といつている。そもそも、上掲論文、この布告の月日、番号を欠き、布告の特定ができないのであるが、同布告、同年12月18日の行政官布告で、法令全書番号は同年第1096号のことである。同布告は、寛永20年3月の田畑永代売買の禁令を脱法しておこなわれていた農地の売買に関して、農地所在の村落に在住しない者、それを同布告は「身分違ノ面々」といつうが、その者が買い取った場合は、必ず代わりの者「名代」をたてて、村落共同体の役務、「村内之諸役」を勤めよという布告である。したがってそこでいつ「……村々之地面ハ素ヨリ都テ百姓持之地タルヘシ」を「……村々の地面は素より都て百姓所有地たるべし」と書き換えるのは間違いつであろう。それはいつわば、「農村にはふつう農民が住まいつているもので、したがって農地の売買も在住の農民同士で行われるのがふつうであるが」といつているにすぎまいつ。それを、この時点で太政官政府が、農地は農民の所有地であると認めると布告したとするのは、誤解ないしは牽強付会といつべきではないかと思いつ。ただ、上掲論文に対する評価がどのようであつたかについて、論者は未確認である。



29) 戒能, 同上書, 28ページ。

30) 川島, 前掲書, 102ページ以下。

31) 沼, 前掲書, 437ページ以下。

(2005年 5 月13日受付)

(2005年10月21日掲載決定)